IESVS, MARIA, IOSEPH.

SATISFACION A LAS DVDAS,

EN LA CAVSA DEL LVGAR DE ALFOCEA.

Por Doña Esperanza Diez de Aux.

Agustin Batista Seron.



O le ha faltado a esta causa lo que escriue *Ioan Salisberiens. in policratum lib.2.cap.16.* referido por *Valenzuela cons.163.num.* 126. Que lo que es mas verdadero tal vez tiene mayor contradicion. Pues siendo esta causa, segun lo que entiendo, ajustada al derecho natural, y ciuil, pues los mayores argumentos de su justicia el sinderesis, y razon natural los dicta, cuya fuerça los principios de la jurisprudencia la enseñan, a cuya asistencia el derecho ciuil asiste; pues el anima de la ley es la razon que quanto mas tiene de natural, tiene mayor certeza, por fundarse en principios mas ciertos, y seguros.

Gran suerte, Señor Illustrissimo, es de vna causa, que su verdad, y justicia la trate vn Real Consejo como el de V.S porque siendo la verdad madre de la justicia, *Baldus in l.libertini, ff.de statu. hominum, Valenzuela ex multis, d.cons.163. num.* 128. Y siendo tan inseparable en V.S. el administrarla, como legitimo anteceden-

te desta consequencia, se ha de suponer el cuydado que experimentamos que V. S. tiene en inquirirla, porque en los Consistorios de los Principes se atiende la verdad, y equidad, *Rodericus Xuarez cons. 3. num. 36.* Y la verdad se ha de ayudar, no dilacerar, por la subtilidad de los ingenios, *cap. cum eterni de re judicata in 6. l. in rebus, C. de jure dot.* Y con mucha razon puedo dezir en este caso con el Iurisconsulto *Vlpiano in l. 2. §. fin. ff. de feriys. l. si irruptione, ff. finium regundorum.* Nō semel totum negotium ad propriam judicis concientiam, hoc est ad eius oculos retulit. No con menor confianza entrarè a responder a las dudas que V.S. ha sido seruido darme, asi por poner la justicia desta causa ante los ojos de V.S. como por la certeza de la justicia que pretendo asiste a la pretension de mi parte.

PRIMVM DVBIVM.

Licet Petrus de Altarriba, in instrumento recognitionis facta in fauorem D. Elisabethis de Aux, fateatur venditionem factam fuisse in fide, & pro cubierta: inuerisimile videtur, cum facta reperiatur in fauorem infantis Francisci, qui non erat capax confidentia. Nec etiam si fateatur, esse factam ad solam vtilitatem, & commodum D. Elisabethis, videtur fidem adhiberi posse: Nam cum effectus venditionis collatus sit in tempus, quo illa, & eius descendētes decesserint, & non extiterint in rerum natura, ipsa repugnare videtur, quod dicta venditio potuisset fieri in eius commodum, vel suorum. Praterea nec si dixerit nullum interuenisse pratium, nam cum à venditrice sit confessum illud recepisse, nulla videtur ratio, cur potius emptori Petro, quam D. Elisabethi venditrici, fides tribuenda sit: solū enim in hoc de illius praiuditio agitur, & vt vera, & valida

venditio sit, sufficit de eo fidem habere. Et contrarium verosimilius esse, suadere videtur verba codicilli D. Elisabethis, in quo enixè voluit contenta in dicta venditione seruari cogitatione mortis, quæ seria tantum proferuntur. Et quamuis confessio Petri Altarriba in eius præiudicium pro veritate habeatur, ea tamen non obstante aliter se potest res habere.

RESPVESTA.

Siendo el humido radical de la justicia de mi parte el reconocimiento de Pedro de Altarriba, la duda le opone quatro objecciones, con las quales le haze inuerosimil, que si lo fuera se diria, tiene especie de falso, abunde *Valenzuela cons.* 102. *num.* 30. & *cons.* 105. *num.* 84. & *cons.* 113. *num.* 58. & *cons.* 121. *num.* 118. & *cons.* 163. *num.* 122. & *cons.* 169. *num.* 124. & *cons.* 180. *num.* 23. Y assi ni seria creyble, ni considerable, idem *cons.* 113. *num.* 50. Y se auia de desechar, y no admitir, idem *cons.* 121. *num.* 116. Porque lo verosimil al contrario de lo inuerosimil tiene grande parentesco con la naturaleza; idem *cons.* 105. *num.* 83. Pero pretendo, que no solamente las objecciones hazen inuerosimil el reconocimiento; pero antes le hazen verosimil.

Prueuase primeramente por la primera inuerosimilitud que se funda, en que la vendicion que Doña Isabel hizo fue no solo en fauor de Pedro; pero tambien en fauor de Francisco, niño de seis años, hijo de Pedro, y assi incapaz de confidencia: por lo qual no pudo dezir Pedro, que se hizo en confianza la vendicion.

Esta duda Señor presupone para poder ser inuerosimil lo q̃ dize, la 2. duda q̃ esta vendicion no fuera reuocable por Pedro a solas, el qual la pudo reuocar (como prouare respondiendo a la segunda duda) y assi del

se

se hizo la confianza,y del dependia el declararla;pues podia a perjuyzio de Francisco hazerlo,como lo hizo y assi pues esta vendicion se hizo con condicion, que si Pedro agenaua se desacian todos los vinculos, y sucession de Francisco,se hecha de ver, que de el se hizo la confianza;pues estaua en su mano desazer el llamamiento de Francisco, y arguye gran verosimilitud de auerse hecho en confianza el poder desazer lo que tan a lo largo la vendicion dize.

Vsase en las vẽdiciones simuladas hazerlas cõ artificiosa cautela, q̃ en la contextura desta vẽdicion se ve, la qual arguye dolo *Menoch.lib.4.præs.3.n.102.& cõs.645.n.22.Cs.sc.cons.47.n.3.* Y tãto mayor dolo,y frau de se arguye quanto con mayor aparato de palabras se hizo la vendicion,ex *Giurba cons.54.num.15.* que hallandose todo esto y muchas otras conjecturas vrgentissimas,que se han ponderado a V.S.de simulacion arguyen la verosimilitud del reconocimiento.Y supone esta duda lo que auia de prouar;y assi esta duda es condicional,y no prueua, entre tanto que la segunda duda que ha dado V.S. no se prueue que es la condicion nam conditio nihil ponit in esse, & nullius est,momẽti,sed solum per intellectnm conficta, vt notant *Theologi cum Sancto Thoma 1.p.q.4.artic.3.*

La segunda inuerosimilitud es; que auiendose hecho la vendicion para en falta de Doña Isabel, y sus descendientes,no es verosimil lo que dize el reconocimiento de Pedro,que se hizo a vtilidad de ella.

Primeramente respondo,que siendo clausula de estilo de los Notarios,no obra cosa alguna, *Valenzuela* ex multis *cons.119.num.112.* Y ay muchos casos en que le podia importar a Doña Isabel el tener los bienes cõ esse resguardo;porque si queria tenerlos libres, declaran-

rando la confianza de la vendicion Pedro los tenia por razon de la vendicion, y si los queria tener imposibilitados de agenarlos los tenia tambien, no declarando Pedro: y contra Pedro y a su perjuyzio se le ha de creer; pues no se puede presumir que contra su beneficio, siendo tan grande, y de sus hijos, y propia conciencia auia de quererse leuantar vn testimonio tan grande, sin que a mi juyzio halle razon para que lo dixera, sino fuera verdad.

Tercera inuerosimilitud es, que Doña Isabel reconoce en la vendiciõ auer recibido el precio; y no se deue dar mas credito a Pedro, reconociendo q̃ no se dio.

Esta duda tambien auia de suponer, que esta vendicion no fue simulada; y confiesso que yo no he visto conjecturas tan grandes de simulacion de contracto como a V.S. se han representado; que la confession de Pedro en el reconocimiento, no solamente adminiculada; pero sin estarlo prueua concluyentemente contra el, en caso que la naturaleza repugnaua a hazerlo, pues era contra el su hijo, y sucessores, q̃ es el mayor argumento de verosimilitud, por ser fundado en principio natural, como he prouado, arguyendo a contrario sensu. Y Señor si la confession es la mayor prouanza, *Valenzuela conf.* 121, *nu.* 97. *vbi latissime de hoc*, no he visto Doctor que diga no prueue en la simulacion; y la confession que hizo la vendedora en la vendicion fue forzosa; pues sino cõfessara auer recibido el precio no se pudiera aprouechar de la vendicion simulada.

fue necessaria p.ª la simulacion la confe[...] de recepto.

La quarta inuerosimilitud es, que Doña Isabel confirmò la vendicion en el codicilo.

A esta duda responderé en duda particular que V.S. me ha dado; y por no cometer negacion remito la respuesta a dicho lugar.

SECVNDVM DVBIVM.

FRanciscus de Altarriba tertius est, & æquè emptor, nullum ius, nec causam habens à Petro suo patre, sed solum immediatè à venditrice: & illud diuersum esse, & independens videtur: Nam Petrus non tantum sibi, sed etiam filio suo emit, & illius nomine acceptauit venditionem, nomine suo tantum sua persona prospexit, nō suis descendentibus: nomine autem filij, illi & eius descendentibus legitimis, qui pro tempore fuissent Domini Loci de Guerto, non ignarus vinculi pactorum dotalium illius, & suæ vxoris D. Ioannæ Diez de Aux: per quod apparet Franciscum de Altarriba vti filium vnicum, & primogenitum coniugum, vocatum esse, & eius descendentes legitimos ad successionem dicti loci, & aliorum. Quare videtur, inter contrahentes actum fuisse, vt constitueretur aliud vinculum per viam venditionis irreuocabile in fauorem Francisci, & eius descendentium, cum dictis qualitatibus legitimitatis, & dominij temporalis Loci de Guerto. Et suadere videntur verba illa, vinculo, y sucessiones, *toties reppetita, tàm in instrumento venditionis, quàm postea in codicillo. Et per consequens, quod licet immediatè post dispositiua verba vēditionis sequantur illa,* y a quien vos, y ellos querreis respectiuè, *minime censeatur tributa libera potestas Petro disponendi, sed dumtaxat ad vitam illius, secundum subiectam materiam vinculi, & vt euitetur incontinenti correctio, nam absurdum videretur quod vendens dicta Elisabetha, & emens Petrus, simul & ambo ad vtilitatem, & commodum Francisci, & suorum descendentium, in potestate Petri esset, ab eo, & suis descendentibus, ius in perpetuum auferre.*

RESPVESTA.

Esta duda contiene en si diferentes dudas, como la precedente. Y es la primera, que el derecho de Francisco es diferente que el de Pedro, y que Francisco por diferente vendicion està llamado, y assi no es vna la vendicion.

Pero esta duda, segun las disposiciones de derecho y Fuero, tiene muchas y faciles soluciones. Primo, que siendo vno el precio, y de tal modo, que fuera impossible el diuidirlo a las cosas vendidas, porque Doña Isabel vende todos sus bienes auidos, y por auer; que estos segundos solo Dios lo puede saber, quales han de ser, y pueden no ser: Y la cosa se comprò como vna, sin nombrar cosa particular, de tal modo, que la voluntad del comprador no mira sino a todos los bienes, y no parte de ellos, citra dubium est vnicam esse venditionem, vnico pretio factam, *Gratianus discept. tom. 4. cap. 752. num. 61. 62. & 63.* y en los *num. 68. & 69.* responde por esta verdad; porque la voluntad del comprador no mira vna cosa, sino el beneficio de todas juntas, como en nuestro caso, que lo querian todo, y fundauan vn fideicomisso, si bien sujeto a resoluerse, como prouare, es preciso sea vnica la vendicion, *l. cum eiusdem, ff. de editio edicto, l. si plura, eodem tit. l. si duo, l. si fundo, ff. de euict. l. quod sepe, §. in his, ff. de contrah. emptio, l. in bello, §. fin. ff. de capt. & post. reuers.* Y siendo vnico el precio como la vendicion lo canta, en tanto se tiene por vnica la vendicion, que no se puede retraher vna parte, sino que toda se ha de redimir, ex multis *Gratianus cap. 947. num. 27.*

Secundo respondetur, que auiendose hecho la vendicion en vn mismo tiempo al padre y al hijo, se ha de

juz-

juzgar por vna, vt *Bart. docet, ex l. sancimus*, *C. de donat. in l. Modestinus num* 10 *ff. de donat*. Y el vrto si se haze en vn mismo tiempo, aunque sean muchas las cosas vrtadas se dize vno, *Farin. q. 167. num. 71.*

Tercio respondetur, que auiendose hecho la vendicion con vna misma contextura de palabras, respecto de Pedro, y de Francisco, ibi: *Vendo a vos Pedro de Altarriba; y despues de los dias vuestros a vuestro hijo*, es vna, y no dos la vendicion, *l. vnica*, *§. his ita*; ibi: *propter vnitatem sermonis*, *quasi vnum corpus*, *C. de cad. tollend. decisio Neapolitana* 218. *á num.* 4. ibi: *Quod & si plures sint res super quibus decretum, fertur illud tamen decretum vnicum est; quasi quod sub vno indiuisibili verborum constructu latum fuerit.*

El concurso destas tres cosas es el fundamento con que enseña *Bart. in d. l. Modestinus, C. de donat.* ser vno el contracto; y verificandose en nuestra vendicion todas ellas hazen indubitable ser vna la vendicion hecha a Pedro, y Francisco, *Bartolum sequuntur, Corneus cons. 309. num. 8. volumine* 1. *Romanus cons. 2. num. 3. & cons.* 305. en donde dize, que a Bartulo siguen todos los DD. *Antonius de Canario*, *in tractatu insinuationũ p. 2. num.* 41. *Gomez.* 2. *tom. variar. cap.* 4. *num.* 8. *iuxta finem.*

Ni obsta que la vendicion se aya hecho a diferentes personas; porque estando los tres requisitos arriba dichos, se reputa por vna vendicion, aunque se aya hecho a diferentes personas, punctim *Romanus cons.* 305. *num.* 4. Y de la manera que si vn curador vende vna cosa comun de el, y del adolescente, si es vnico el precio por toda la cosa si se rescinde por parte del menor queda tambien rescindida por parte del curador, punctim, *l. tutor* 49. *§. curator, ff. de minoribus*, ex multis

tis *Gratianus tom. 4. discept. cap. 752. num. 63.*

Ni obsta que la vendicion respeto de Francisco mira diferente tiempo, que respecto de Pedro; pues no pue de heredar sino por cumplirse la condicion de auer muerto Pedro; porque siempre que se cumple la condicion se retrotrae al tiẽpo q̃ se hizo la vẽdiciõ, *l. potior, l. qui balneum, ff. qui potiores in pignore habeantur*; y es resoluciõ cierta, q̃ en los contractos se funda en el dia que se otorgan la obligacion. *l. 1. ff. qui potiores in pignore habeantur*, videndus *Valenzuela cons. 15. num. 20.* y lo mismo dize del contracto condicional, ibi: *Quod creditor sub conditione, & ad diem prafertur ei cui postea pure debetur vel res fuerit tradita, & ibi, quia die conuentionis adueniente retrotrahitur obligatio, vt in dictis juribus Bart. in l. ita stipulatus la 6. ff. de verb. obligat. vbi Iasson num. 5.* idem in *l. is qui pro emptore num. 45. & sequent. ff. de vsu cap. pro emptore, Gomez de Leon alegat. 36. num. 5.* Y assi en quanto a la fuerza de la obligacion de la vendicion, vn mismo tiempo es el de Francisco, y Pedro.

Y quando las vendiciones fueran dos, que no lo son, como he prouado, no encuentra a la justicia de mi parte; porque auiendose hecho ambas vnico contextu, vnicaque verborum structura, y en vna oracion lo que en la vna se halla, y le es propio se ha de hallar, y ser propio en la otra, latissime *Angelus cons. 145. num. 3. Curtius senior cons. 54. num. 4. Romanus cons. 445. num. 4. Barbatius cons. 19. col. 2.* Lo mismo procede en las substituciones que lo que a vna califica, califica, y està en la otra; por razon de la vnidad de la oracion, y conexidad de las substituciones, *l. legatarius, §. 1. de legat. 3. Bart. in l. seie, §. cato. ff. de fundo instructo, Socinus cons. 249. vol. 2. Ruinus cons. 91. vol. 3. num. 4. Iasson*

ſon conſ.228.num.8.vol.2. Pariſius conſ. 151. *num.* 23 *Euerardus conſ.*213.*Neuiz.conſ.*72.*num.*14.*Caſanate alios referens conſ.*2.*num.*56. Y en el *num.*51. lo extiende a caſo que ſea en diferentes oraciones, ſi eſtan copuladas, idem *Caſanate conſ.* 9. *nu.* 57. Por razon de la miſma eſtructura de palabras, y vnidad de la oraciõ.

De lo qual ſe infiere, que auiendo ſido ſimulada reſpecto de Pedro, parece que neceſſariamente lo ha de ſer reſpecto de Franciſco, aſſi ſiendo vna como dos vendiciones; y por lo dicho lo que daña a Pedro deue dañar a Don Franciſco.

Y aunque la duda Señor, no pidia neceſſidad de reſponder a la objeccion que propondre; pero por dezirla el motiuo, y la parte contraria pretender con ella, principalmente deſazer el reconocimiento que Pedro hizo en fauor de Doña Iſabel, me ha parecido reſponder a ella, y es la ſiguiente.

Que el reconocimiento de Pedro de Altarriba no cõprehendio el derecho de Don Franciſco ſu hijo por defecto de voluntad.

Eſta duda con lo dicho en lo vltimo de la precedente de la conſtructura identidad de tiempo, y ſer vnica la oracion en que ſe vende a Pedro, y a Franciſco, aunque en ſu reconocimiento no huuiera querido perjudicar Pedro a Franciſco lo auia de quedar. Pues ſi la ſimulacion obraua en Pedro, tambien auia de obrar en Franciſco; y parece que la razon natural perſuade eſto; porque ſi Pedro, que era quien podia dar el precio, dize que no lo dio, y declara la confidencia, que Franciſco no era capaz de ella, ni de dar el precio, luego ſi ſe deſtruye reſpecto de Pedro deue quedar deſtruyda por razon de la materia ſujeta, reſpecto de ambos.

Secundo ſe confirma; porque en el reconocimien-

to ay palabras en lo dispositiuo que perjudican a Francisco, pues en la entrada dize. *Reconozco, confiesso por mi, y los mios, presentes, y aduenideros.* De cuya contextura de palabras claramente se ve, que habla no solamente por si; pero por los suyos; y Don Francisco era hijo suyo, y heredero de la Casa de Guerto; y como à tal le nombra la vendicion, pues auiendo palabras claras comprehensiuas de Don Francisco no es permitido hazer violencia tan conocida, restriñendo la letra a que solo habla Pedro de si; pues tambien habla de los suyos; porque el pro nombre mios, es lo mismo que dezir suyos, ò tuyos, para significar todos los descendientes, *Guido Papa decis.230. & decis. 306. Rebufus ad l. meorum 91. vers. postremo, ff. de verbor. significat. Barbosa appellat.151. num.3. Mantica de coniect. lib.8. tit. 14. num.19. Simon de Pratis de interpratat. vltim. volunt. num.43. fol.238. Craueta cons.22. col.1. Decius cons.217. & cons.228. & 253. Fusarius de substitut. quæst. 338. n. 1. Ramona cons. 9. num. 9. Peregrinus de fideicommissis artic.31. num.* 38. Y los hijos tienen en razon de lo dicho el primero grado, y la mayoria de razon les asiste, *§. sui autem de hæred. qualitate, & diferentia, & ibi instituti ste.*

Tercio se confirma, que siendo este reconocimiento referente de la vendicion, se ha de entender està en el reconocimiento todo lo que en la vendicion, ex vulgari dicto relatum est in referente cum omnibus suis qualitatibus. Y pues estan todas las cosas contenidas en la vendicion, lo mismo se ha de entender de las personas, nam argumentum de rebus ad personas valet, *l. si quis inquilinos, §. si ita legatũ de legat.1. Bart. cons.10. n.4. lib.1.* Y de la forma q̃ el defecto de las cosas se suple assi el defecto de las personas, *Cantiuncula in topic. legali-*

gali-

galibus in 25.ſpetie loci aſimili, Cephalus conſ. 50. num. 32. vol. 1. & conſ 309. num 19. & conſ. 408. num. 55. vol. 3. Decianus conſ. 11. num. 25. vol. 1. & conſ. 1. num. 14. vol. 2. Luego ſe deue entender el reconocimiento, reſpecto de Don Franciſco, como ſi con ſu proprio nombre eſtuuiera nombrado.

Quarto ſimiliter prouatur. Porque dize Pedro, que no dio precio alguno; y he prouado que Don Franciſco ex defectu naturali etatis no le pudo dar; y ſin el no pudo auer vendicion, vt pluries dictum eſt in allegationibus. Luego con eſte reconocimiento, preciſo es que Pedro quiſo perjudicarle; pues confieſſa vna coſa, que totalmente deſtruye la vendicion.

Ni a lo dicho puede hazer encuentro las palabras del reconocimiento, ibi: *A mi fecha, y otorgada* ibi: *Me ha ſido adquirido, ò ſe me ha podido adquirir.* Que todas ſon palabras que denotan perſonalidad; y que la renunciacion no ſe deue ampliar: Y que en la vendicion reconoce y la acepta por el, y ſu hijo, y no en el reconocimiento; y que eſte diſtinto modo de hablar en la vẽdicion al del reconocimiento arguyen, que por la renunciacion no quiſo Pedro perjudicar a Franciſco. Porque eſto no deſace ni ſatisface a los quatro fundamentos dichos; pues he prouado eſtá comprehendido en el reconocimiento Don Franciſco claramente.

Y indibidualmente reſpondiendo digo, que las palabras a mi fecha me ha ſido adquirido no eſtan taxatiue, ſino demõſtratiue; porque las palabras en la diſpoſicion ſe deuen entender demonſtratiue, y no taxatiue, *Bart. in l. fin. §. fin. ff. de liberat. legata, & in l. centurio num. 51. ff. de vulgari,* ibi: *Subſtituo filio meo impuberi intelligit appoſita fuiſſe cauſa demonſtrationis non cauſa limitandi. Iaſſon in l. talis ſcriptura num.*

40.

40.*ff.de legat.1.* & *in l.1.num.9.C.de lib.præter. Felinus in cap.causamque num. 4. de rescriptis, Craueta consf.214.num.6. Menochius consf.303. num. 27.* & *28. Casanate consf. 54. num. 6.* Y que la renunciacion sea stricte interpretationis; no obsta; porque aunque lo sea no quita que no comprehenda lo que las palabras dizen, y abraçan. Y los DD. que yo he visto no dizen tal cosa; porque si esso procediesse no auria renunciacion valida, si lo que las palabras dizen se limitasse.

Y que en la vendicion nombra expressamente a su hijo, y no en el reconocimiento, arguyendo desto, que no le quiso perjudicar obsta; porque lo primero ya està comprehendido, como he dicho; y ya ofrece por el, y por los herederos, y sucessores mios (y notese que Francisco està llamado en la vendicion; como sucessor en la casa de Guerto) no contrauenir a dicha vendicion; y assi como en la vendicion la accepta por el, y su hijo, tambien el reconocimiento lo reconoce por el y su hijo, comprehendido en la palabra *mios*; y quando se obliga a no contrauenir, obliga tambien a los suyos; y assi a Don Francisco. Pues que mayor compensacion puede auer, ni ser necessaria?

La causa, Señor, de no auer nombrado a Don Francisco no es dificultoso de asignarla; porque haziendose el reconocimiento por causa de la confianza, Pedro es solo el que auia de hablar, que como V.S. en su duda primera ha dicho el era capaz solamente de ella, y assi por este respecto el solo ha de hablar, y las palabras a mi hecha se ha de entender en confianza; y se me ha adquirido en confianza; y esta inteligencia es literal; pues habla el reconocimiento de la confianza, & verba secundum materiam subiectam sunt intelligenda, *Casanate consf.45.num.104.* Y supuesto que Pedro ha-

bla en este reconocimiẽto, cõ la calidad de cõfidente, segun essa calidad se han de entender las palabras, *l. plenum,§.equitis,ff.de vsu,& habitatione, l.si quis filio,§.irritum,ff.de injusto rupto,Casanate cons.45.nu. 10.* Y quando ay razon de diferencia no vale el argumento; y assi el no nombrarlo por su nombre a Don Francisco en el reconocimiento, y en la vendicion,si no arguye no auerle querido comprehender; porque la illacion no se haze de vna escritura de semejante a otra,*l.Papianus exuli,ff.de minoribus,l.fin.ff.de calumniatoribus,Rolandus cons.1.num.24.& cons.62.num. 4.lib.3.Cephalus cons.204.num.56.& cons.281.num.6. vol.2.*punctim de scriptura disimili,*Valenzuela cons. 163.num.167.*

Y quãdo lo dicho no fuera tã cierto, q̃ a mi parecer es certissimo la clausula siguiente quita la duda, donde Pedro otorga que dicha vendicion se borte, cancelle; y anulle en la nota original, bien assi como si hecha, ni testificada, ni pensada, ni otorgada no huuiera sido. Y si la vendicion se borrara, no se yo como podia aprouechar a Francisco; porque no huuiera nota, & non entis nulle sunt qualitates. Y el instrumento respecto del borrarse, no se yo que segun inteligencia natural pueda ser diuisible. y que si està en todo borrado no lo este, respecto de Don Francisco; porque dize contradicion ineuitable in adiecto; luego auiendo querido Pedro que se borrasse la vendicion, necessariamente ha querido, que Francisco quedasse perjudicado; porque si de lo conexo idem est juditium, mucho mejor de lo inseparable, por contradictoria, y proxima oposicion, late *Barbosa axiomate 51.num.1.*

Quiere satisfacer el motiuo contrario a esta ineuitable objeccion diziendo, que esto se puso en lo execu-

cutiuo

cutiuo, y no en lo dispositiuo del contracto, y que las clausulas executiuas no amplian, alteran, ni mudan la principal disposicion, *Clement. prima de preb.* innumeris comprobat *Barbosa clausula 60. nu. 1.* Pero este fundamento tiene faciles, y diferentes soluciones. Primo, porque no he visto aya contradicion entre los DD. que las clausulas executiuas no declaren lo dispositiuo, *Decius cons. 413. incipit negari non potest in fine, Curcius senior, cons. 49. Alexander cons. 62. lib. 2. & cons. 195. nu. 8. lib. 2. Cardinalis Tuschus lit. C. conclus. 312. num. 28. D. R. Sesse decis. 24. num. 6.* Y assi quando huuiera duda, que no la ay, si en lo dispositiuo estuuiera comprehendido Don Francisco; y esta clausula perteneciera a lo executiuo, y no a lo dispositiuo, que si pertenece porque no lo auia de declarar con disponer se execute vna cosa, que executãdose es impossible no comprehenda a Don Francisco; y dize muy a proposito *Stephano Graciano disceptat. forens. cap. 609. num. 16.* que la clausula executiua declara las personas comprehendidas en lo dispositiuo, allegat *Rotam coram Cardinali Pamphilio Brixiensis feudi 1. Iuly 1592.* Pues porque se le ha de quitar a esta clausula el poder declarar las personas comprehẽdidas en lo dispositiuo: y assi lo declarò la Real Audiencia en la causa de Vallauar, teste *Domino Sesse decis. 24. num. fin.* dando por constante lo executiuo, poder declarar lo dispositiuo.

Secundo es cierto, que quando vna clausula està inmediata despues de lo dispositiuo, cõtinuando lo que se ha dicho, aunque se diga la palabra *quiero, &c.* obra aumento de lo dispositiuo, como este inmediatamente *Gratianus d. cap. 609. num. 13.* ita distinguit *Rota decis. 294. num. 7. p. 2. in recentioribus, Sequendo Cassacum decis. 164. num. 2. in fine, D. Sesse decis. 24. num. 5.* Luego es-

estando esta clausula inmediatamente, despues de lo que el motiuo dize es dispositiuo se deue admitir, puede no solamente declarar; pero ampliar la disposicion.

Tercio esta clausula es tambien dispositiua, como la precedente; porque buelue de nueuo a anullar la vẽdicion, y a disponer sea de ningun efecto ni valor, y quando vna clausula se pone de per se; y q̃ dispone de la materia del contracto se dize estar la tal clausula en lo dispositiuo, pues està equę principaliter; y no accessoriamente, sino de per se, *Craueta consf.25.num.3.Dec. consf.304.num.6 & seqq. & consf 194. & consf.173. num. 14. & consf.413. à num. 7. Tuschus lit. C. conclus. 312. numer.* 50. Y pues en esta clausula dize Pedro, que esta vendicion sea de ningun efecto, ni valor, como si hecha no huuiera sido, no ay menor razon, porque esta clausula se deua entender no es dispositiua que la precedente; y assi con esta, y las otras soluciones cessa el dezir, que aquello se dize executiuo, que post perfectam dispositionem ponitur, entendiendose en los casos; y del modo que he representado.

Quarto doy por solucion lo que he dicho de ser vnica la vendicion; y que el reconocimiento, siendo su referente ha de entender la vendicion enteramente y que por no repetir vna misma cosa no lo digo, particularmente representandolo a V. S. que en eminentissimo grado aduierte no digo las mayores circunstancias; pero tambien las menores de las causas que ante V. S. se tratan.

Prosigue el dubio de V.S. diziendo, que las palabras *y a quien vos, y ellos querreis* respectiue, no dan facultad a Pedro de poder agenar, sino durante su vida; porque fuera absurdo; que despues de vn vinculo tan geminadamente constituido poder Pedro desazerle. Y

fuera

fuera dar en la constituyente el vinculo correccion in continenti; por lo qual Pedro no pudo sino solamente respecto de el, y durante su vida disponer.

Lo que va a desazer esta duda era tambien fundamento, y respuesta, de que quidquid esset, que Pedro solamente hablara de su derecho, que no habla, como he prouado podia perjudicar a Francisco, pues estaua en su mano disponer en quien quisiesse, como lo hizo; y con esto desuanecer el llamamiento de Francisco; pero a esta duda parece està muy suficientemente satisfecho, con lo que se ha escrito en su respuesta: y assi solamente responderè a lo que sobre la respuesta se ha dudado.

Y primeramente no obsta dezir, que el *cap. 1. de feudo non habente propiam naturam feudi*, no es como el caso concreto; porque dize se dio el feudo a el, y a los suyos, o a quien el quisiere. Nam respondetur, que la fuerça deste texto esta en aquellas palabras, o a quiẽ el quisiere; y essas mismas se hallan en la vendicion; y no es la consideracion deste texto; entendiendo por ellos a los hijos, si nombrò primero a sus herederos, ò a otros.

Secundo respondetur; que aqui a su heredero de la Casa de Guerto, y hijo suyo, y descendientes del nombra despues de Pedro; luego ni el mayor Metafisico puede hallar distincion de nuestro caso al de esta ley; y assi auiendo dado facultad de disponer a Pedro, consideradas las palabras. *A quien vos, y ellos querreis*, respectiue, pudo agenar, pues por ella se reduce a su voluntad, como en el texto, por la palabra *cui ipse voluerit*: y el argumento del feudo al fideicommisso, ò mayorazgo vale, *Baldus in l. cum antiquioribus numer. 12. C. de jur. deliber. Archidiaconus,*

& Præpositus in cap.quam periculosum 7.q. 1. Molina de primog. lib. 1. cap. 7. num. 1. Valenzuela ex multis tom.2.cons.113 num.49. Ni se haze en dicha ley caso de la correccion incontinenti, quando de la letra consta claramente que es respuesta, tambien de la razon que el motiuo señala en lo que refiere inmediatamente.

La razon que la duda y el motiuo tambien dan, que no pudo Pedro disponer sino durante su vida, es dezir que se daria absurdo, pues luego incontinenti se corregiria. Esto Señor, demas que es querer a la voluntad quitarle su libertad, que Dios le ha dado, no es absurdo en nuestro caso, ni en los fideicomissos, y mayorazgos, aunque se ayan hecho con geminados llamamientos, y progression a diferentes lineas tener los fideicomissarios facultad de agenar; y con esto desazer, ò desuanecerse experimentamoslo muy de ordinario hazerse fideicomissos, para en caso que los sucessores mueren ab intestato, *l.generaliter, C.de inst. & substi. l. Lucius, ff.de hered.instit. Angelus cons.158.* Y hazerse fideicomissos cõtrauencionales para esse caso solamẽte; y quedar los bienes libres en los otros casos. Lo dicho Señor, lo confirma con razon y autoridad el Doctissimo *Pedro Surdo cons.10.à num.30.vsque ad 37.* ibi: *Cessat etiã ratio, quod sit in facultate hæredis euertere fideicommissum, quia hoc non est absurdum quod fiat fideicommissum sub conditione; qua possit per grauatum eludi nam si potest fieri casu, quo hæres intestatus decedat quamuis testando hæres fideicommissum eludat quare non poterit fieri casu quo non alienetur. Certe nulla potest diuersitatis ratio asignari apparet igitur hanc opinionem esse magis veram, & racionabilem. Et quamuis Parissius, & Socinus iuntor, contrarium teneant tamen nihil allegant præter consilium Socini 31.in 4.vol. qui fuit sibi cõtra-*

trarius, & contrariam opinionem est sequutus in dicto cons. 123. vol. 3. Vbi latius discutit negotium, & tam prædicti quam etiam Berous in consilijs ex aduerso adductis, & allegatis per suntorie loquuntur, ideoque de eorum dicto non est curandum. Secundum Iassonem, Parisium, Socinum iun. Neuiz. Cagnol. Alciat. Stracta. Cephal. Menoch. Caualcan. Roland. & Bec. quorum loca ibi recenset, Surdus.

Ni el dezir, que esto es contrario a la materia sujeta le puede fauorecer; porque demas de que en la materia sujeta procede lo contrario, como he prouado. Antes bien me quiero valer deste argumento para prouar, que aunque no fuera cierto lo dicho en este caso, deuia proceder. Porque siendo la vendicion simulada, y a fauor de Doña Isabel, muy conforme a razon es, y a lo que por la vendicion se pretendio pudiesse Pedro agenar; pues el fue de quien solamente la confidencia pudo tener dependencia, para que por essa forma se pudiesse cumplir con lo que importasse obrar para el fin de la confidencia sin embaraço, ni estoruo alguno, con lo qual no puede entrar en consideracion el argumento del absurdo, quando fuera de consideracion, que no lo es. Y auiendo de estar en Aragon a la carta se ha de entender el fideicomisso de la forma modo, y con las limitacion que Doña Isabel quiso que fuesse entretanto que Pedro no agenasse. Y si se diesse en admitir semejantes absurdos para apartarnos de la letra, y carta el estatuto dicho euanesceret, quod forus nec praxis vllo modo admitit, limitandose por el muchissimas disposiciones de derecho.

TERTIVM DVBIVM.

ETsi, absque veritatis præiuditio, fateretur, vendictionem præfatam simulatam esse, obtineretque non

posse

posse cum ea Franciscum de Altarrila: Tamen cum ex dispositione codicilli exhibiti D. Elisabethis, postea facti, resultet nouus, & diuersus titulus ad fundandam intentionem Francisci conuenti, cum in eo expressè testatrix iubeat, reseruationes, vincula, & successiones, in dicta venditione contentas obseruari, iuxta suam continentiam, ac thenorem, hoc sufficere videtur ad eneruandum ius D. Sperantia actricis.

RESPVESTA.

Esta duda dize, que quando la vendicion huuiera sido simulada tiene Dō Erancisco derecho nueuo por el codicillo que confirma la vendicion, con el qual a solas puede obtener sin mirar el valor de la vendicion.

Esta duda, Señor, le podia a la parte contraria hazer que no tuuiesse por cosa que no es de consideracion el auer allegado las conjecturas que se han propuesto para prouar la vendicion ser simulada, que solas ellas son suficientissimas para prouar la simulacion de la vendicion, sin que fuera necessario valernos del reconocimient o de Pedro, que juntas con el hazen vna prueua insuparable de la simulacion, y el reconocimiento està ex abundanti. Porque valiendose del codicillo, medio que ni en la primera sentencia, ni eleccion de firma se valio no pareciera respuesta al codicillo conueniente, dezir que los antiguos no hizieron caso de el; y assi no tengo por respuesta suficiente dezir, que en la primera sentencia no se ponderaron las conjecturas; porque rambien le podia dezir, como no se valio del codicillo, ni se ponderò en las primeras sentencias.

Y no queriendome valer desta respuesta, porque

no la tengo por tal entiendo, que el codicillo no pudo validar la vendicion, ni de nueuo conceder titulo a Don Francisco. Primeramente, porque el codicillo demas de lo que se ha representado, respondiendo a esta duda solamente añado, que se ha de entender que lo hizo por miedo y violentada de Don Pedro de Altarriba. Porque aunque el miedo regulariter se deua prouar, auiendo prouado auer precedido amenazas, ò mal tratamiento, *secundum notata in l. si donationis. C. quod metus causa, Bartol. in l. si ob turpem num. 1. in fine ff. de conditione ob turpem causam, & de communi sententia testatur Boerius decis.* 100. *num.* 11. Pero no por esto se puede entender dexar de estar prouado el miedo præsumptiue. Si ay enorme lesion junta con la reuerencia paterna, aunque no se prueue lo primero, *l. si superstite, C. de dolo, Castrensis cons.* 174. *volum.* 1. *Socinus cons.* 163. *num.* 1. *vol.* 2. *& de communi testatur Mandelius cons.* 77. *num.* 27. *& cons.* 100. *num.* 4. *Menochius lib.* 3. *præsumpt.* 127. *num.* 24. *Neuizan. cons.* 20. *num.* 10. *& cum magna DD. copia resoluit Monter decis.* 32. *nu.* 30. & 31. Y estando Doña Isabel en poder de Pedro de Altarriba, hombre de la condicion que del processo resulta; y que Doña Isabel no conocia otro padre, y era de quien dependian todas sus acciones, y era su tutor, y curador; y el autor, y procurador de su casamiento deue entenderse estaua subrogado como si fuera su padre; pues los efectos de padre los exercitaua; y la enorme lesion, bien clara està de conocer; pues vẽdio su hazienda sin auer recibido precio alguno como he prouado.

Y fue vna vendicion, que para solamente ser simulada le podia aprouechar; y tan poco cuerda que a sus sucessores les daua herederos forçosos, sin causa alguna

na, dexando deudos suyos muy proximos, y mas que no eran Pedro, ni Don Francisco.

Ni obsta q̃ el codicillo se hizo algo despues de la vẽdicion. Primo; porque el miedo en el codicillo del tiempo que se otorgò lo entiendo. Secundo respondetur; que no por esso se dexa de considerar ay miedo en vn tal acto, aunque se aya hecho mucho tiempo despues, punctim & eleganter *Monter* videndus *d. decis. 32. num. 39. in fine, & num. 40.* ibi: *Etiam quod ex magno interualo instrumentum cõficiatur. Semper subsistente metu præcedenti factum censetur*, vt tenent *Gomez tom. 2. cap. de restit. minor. nu. 17. Gutierrez, Bart. Iassonem, Suarez, & alios DD. ibi allegat*. Y assi Señor todos los defectos de la vendicion, con este lugar tan copioso queda prouado se deuen atribuir a este codicillo; pues lo mismo milita en la presuncion del miedo que en las otras conjectoras, sequitur *Gifanius de renuntiat. cons. 2. fol. 112. vers. secundo ad hoc, vsque ad fol. 114. inclusiue*, y por satisfacer *Monter in d. decis. à la obser. si filia de probationibus*. Que dize el miedo se ha de prouar con testigos: Por euitar prolixidad me remito en esta solucion a lo que el responde; y por este fundamento como codicillo hecho por miedo no deue tener subsistencia alguna, por deuerse recindir, y tener como nullo, *Monter decis. 15. num. 9. & d. decis. 32. per totam*.

Ni obsta a lo dicho que Doña Isabel ya estaua casada; y que assi el dicho miedo no se puede considerar. Nam respondetur. que de la misma capitulacion resulta, que solamente auia capitulacion; pues desde el tiẽpo de la capitulacion hasta el tiempo que otorgò Doña Isabel el codicillo passo muy poco tiempo para pidir habito a su Magestad, y luego dispensacion a su

San-

Santidad, para poder obtener las pensiones Eclesiasticas; y esto se dispuso en la capitulacion, accedat his, que ella se estaua en el Castillo de Guerto, y muy enferma.

El segundo fundamento que totalmente desaze este codicillo es la capitulacion matrimonial que Pedro de Altarriba como procurador que era de Doña Isabel Diez de Aux, otorgò con Don Carlos de Heredia, en la qual vinculò sus bienes en fauor de su hijo mayor: De tal modo, que sino tenia descendientes que dauan en el libres, por falta de los llamados, y no los tuuo el hijo mayor que sobreuiuio a su madre, *l. cum pater, §. libertu, l. qui solum, §. predium de legat. 3. Peregrinus de fideicommissis artic. 52. num. 2. Fusarius de substitutionibus quæst. 551. num. 1.* O ya sino huuiesse llamamiento por fideicomissaria, sino por vulgar substitucion, auiendo aceptado el llamado la herencia expira la substitucion, y quedan al llamado los bienes libres, *l. 2. cum vulgatis, ff. de vulg. & pupillari substitutione.* Y si por fideicomissaria en no auiendo llamado, como he dicho; y no disponiendo el llamado vltimo sucedian los llamados ab intestato; y mi parte se incluye con sucession ab intestato; y por la vendicion se le quita este derecho; pues auiendose dispuesto en la capitulacion matrimonial, que ni por contracto ni testamento pudiesse disponer sino en los llamados en ella, y de la forma que en ella se dispone, teniendo derecho anterior adquirido su hijo mayor, y mi parte, en caso que este no testasse no se le pudo quitar. Doña Isabel por el codicillo que era posterior a la capitulacion lo que por ella le pertenecia: Ni se puede valer de dezir, que la ratificò en el codicillo a la vendicion; y assi el codicillo se retrotrae al tiempo de la vendicion; porque

que demas de ser simulada, y obstante lo dicho: Quando esto no procediera no se pudo retrotraher al tiempo de la vendicion; porque siempre que en el medio tiempo se adquiere a vn tercero derecho no ay retrotraccion a perjuyzio de tercero, punctum videndus *Barbosa in cap. ratiabitionem de reg. juris num. 8. in collectan.* Y aqui se adquirio el derecho al hijo mayor de Doña Isabel; y a los demas que he dicho. Y ella misma en el codicillo se hecha de ver, que entendio no lo podia hazer, ibi: *Y en caso que lo pudiere hazer.* Que de dichas palabras se infiere Doña Isabel conocio la dificultad, ò por mejor dezir impossibilidad de poderlo hazer. Porque auiendo sido la vendicion simulada no huuo voluntad entonces; y assi del tiempo del codicillo la auia de tomar, *Goat. cap. 312. num. 54.* Y si se considera relatiue tambien se ha de mirar del tiempo del codicillo, que es el referente, nam non ex relato sed ex referente agitur, *Ramona cons. 37. num. 227. Casanate cons. 46. num. 31.* Y no teniendo entonces facultad de poderlo hazer no nos encuentra el codicilo, y es como si fecho no fuera.

QVARTVM DVBIVM.

QVamuis Petrus Altarriba in prædicto actu recognitionis promisserit pro se, & hæredibus suis, non contrauenire confessioni, & cessioni ibi per eum factis. Et communis Doctorum resolutio sit, quod hæres intra vires hæreditatis tenetur approbare factum defuncti, etsi proprio iure succedat, in re per testatorem alienata: Tamen illa opinio per eos declaratur, dummodo hæres, detinendo rem hæreditariam loco rei alienatæ, nullum damnum patiatur, aut interesse sentiret, veluti quia res habet iurisdictionem, vel dignitatem annexam

xam. Certum est enim Domino Loci de Alfocea annexam esse iurisdictionem, & habere vassallos. Necnon, quia in præsenti processu non constat de illius valore: Nam nec articulatum, nec probatum reperitur. Propter quod videtur, quod licet Franciscus hæres fuerit, non obstante præfato pacto, poterit in hoc iudicio obtinere.

RESPVESTA.

Dize la duda, que Pedro prometio no contrauenir a su confession, y es resolucion vniforme, que el heredero no puede contrauenir al hecho del testador; pero que en Aragon sucediendose con beneficio de inuentario no està mas obligado a cumplir el hecho del testador, sino en quanto se le prueua ha entrado en su poder hazienda equiualente, al daño que por ser heredero se le sigue.

En esta duda seguire el mismo orden que en la precedente; y assi solamente responderé al lugar que de Fusario se ponderò *quæst.* 557. *num.* 12.

En processo, Señor, entiendo està prouado lo que Fusario dize, que es, que el heredero que sucede con beneficio de inuentario, que solamente està obligado a estar, y obseruar la agenacion por sola aquella cantidad que ha entrado en su poder de la herencia; porque en processo ya està articulado en la triplica de Doña Esperanza Diez de Aux en los articulos *66.* y *67.* que Alfocea renta *600.* libras al año; y que se pagauan 400. ò 500. libras, de pension en cada vn año, y lo deposan los testigos 14. 15. 16. 17. y 18. y el Conde de Fuentes Don Carlos recibido con comission en Fuentes; y en el articulo 26. de la triplica està allegado, que la Pardina de Frulla, en que tiene el señor jurisdicion, la qual heredò de su padre Don Francisco de Altarriba vale

20000. libras;y los testigos 19.20.y 21. dizen es de valor de nueue,ò diez mil libras ; y tambien està prouado ,que las casas que fueron del Señor de Sobradiel valen 4000. libras,de lo qual resulta,que Frulla,y las casas valian mucho mas que Alfocea,descontados los censales cargados sobre la dominicatura de dicho lugar de Alfocea. Con lo qual no solamente la dicha doctrina de Fusario es contraria; pero antes es fundamento muy grande de la justicia de mi parte; y assi Don Francisco de Altarriba no pudo impugnar lo que su padre Pedro de Altarriba hizo.

Y no solamente han entrado en poder de Don Francisco los bienes,y hazienda dicha ; pero otra mucho mayor de Pedro su padre,afecta y obligada al cumplimiento del reconocimiento que Pedro hizo ; porque en 1. de Enero 1554. otorgo Pedro el reconocimiento, y cedio todos los lugares , y derechos à Doña Isabel Diez de Aux, obligandose a ello largamente y todos sus bienes auidos;y por auer. Y a 24. de Mayo de 1557. en los capitulos matrimoniales de Don Francisco de Altarriba, y Doña Isabel de Castro mando dicho Pedro a su hijo Don Francisco los lugares de Guerto, Almuniente,y otros bienes , y en fuerza de dicha donacion los posseyo Don Francisco , como auiente derecho de su padre;y assi no podia impugnar el reconocimiento por auer quedado obligados todos los lugares de Guerto,y Almuniente , con todos sus bienes al cumplimiento de dicho reconocimiento ; de lo qual se sigue,que si lo impugna por lo que montan la satisfacion ha de perder de toda esta hazienda,lo que montare la dicha satisfacion. Y no parece se puede negar, que el que tiene derecho de otro se ha de valer de el, como el otro lo tenia;y no podra hazer mas que su autor

tor

tor que le dio el derecho,*l.qui in jus 137.de reg.juris, l.si duo 16.ff.de legat.præstandis,l.quedam,§.1.ff.de edẽdo,Tiraquellus de retract.lignagier num.48.l.1. actio. ff.de adquir.rer.dom.l.qui tabernas 32.ff de contrahend. empt.Valenzuela conf.21.num*.80. y aunque sea sucessor particular,y por contracto,*l.si à te,§.fin. ff.de except.rei judicate , Ioannes Vincentius de Anna allegatione 34.num*.11 confirmatur *l.alienatio,ff.de contrah. empt.l.Pomponius,§.1.ff.de acquir.possess.l.in omnibus, §.non debeo,ff. de reg. iuris. Capicius decis. Neapol.* 1. *num*.3 *Valenzuela conf.72.num*. 51. & 52. Y pues Pedro no podia impugnar el reconocimiento,luego tambien si Don Francisco queria valarse de dicha donacion,tampoco podia impugnarla.

Siendo esta causa tan antigua,muy merecido tiene de justicia que V.S.la pronuncie conforme lo que enseña el Pontifice Innocencio Tercero *in cap.finem litibus de dolo,& contumacia*,euitando lo que nuestro Patron *San Ibo* dixo a este proposito,referido con otros muchos DD.por *Barbosa in collect. ad ius Canonicum, in d.cap.finem litibus de dolo,& contumacia num*. 2. & 3.Y siendo la justicia de Agustin Batista en esta causa no inferior a ninguna de quantas he patrocinado,a mi entender muy grande esperanza podemos tener el , y yo V.S.la ha de pronunciar en su fauor,como lo suplicamos,y por todo lo que se ha representado.Salua Dominorum meorum Doctissima , & Eminentissima censura. 3.de Iunio 1645.

Don Iayme Aznarez.